

La biodiversidad del Perú y las negociaciones en materia de propiedad intelectual en la OMC: la relación entre el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionado con el Comercio y el Convenio de Diversidad Biológica

Alejandro Neyra Sánchez*

En julio de 2006 se suspendieron indefinidamente las negociaciones de la Ronda de Doha para el desarrollo en la Organización Mundial del Comercio (OMC), debido a la imposibilidad de lograr consensos en los temas principales de las negociaciones, vinculados esencialmente al tema de los subsidios y ayudas internas en agricultura. Sin embargo, la ronda de negociaciones engloba una serie de temas entre los cuales destacan, además el acceso a los mercados para bienes no agrícolas, servicios y reglas, la facilitación del comercio y la propiedad intelectual.

A la fecha, debido a la existencia de intereses encontrados entre los principales actores de la negociación —en especial el denominado G-6, grupo que reúne a los Estados Unidos de América, la Unión Europea, Brasil, India, Australia y Japón—, aún no queda claro si efectivamente la Ronda de Doha podrá retomarse exitosamente en el corto o mediano plazo. Recientemente, el 16 de noviembre pasado, el director general de la OMC, Pascal Lamy, quien es presidente del Comité de Negociaciones Comerciales —órgano encargado de las negociaciones de la Ronda de Doha—, ha

* Segundo secretario del Servicio Diplomático del Perú. Desde el año 2003 desempeña funciones en la representación permanente del Perú ante los organismos internacionales con sede en Ginebra, encargándose de diversas áreas de negociación en materia económica (Organización Mundial del Comercio y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

hecho un llamado para volver a las reuniones de las diferentes áreas de la negociación, sin que se haya vuelto efectivamente a retomar las negociaciones en sí.

Este hecho, sin embargo, no impide que el Perú continúe su trabajo en un tema que es a todas luces prioritario para el país, como es la protección a través del sistema de propiedad intelectual, del patrimonio genético y de los conocimientos tradicionales que alberga nuestro territorio y que en las negociaciones se traduce en la llamada *lucha contra la biopiratería*. En caso se pueda reanudar la Ronda, no cabe duda que el Perú, junto con un grupo de países en desarrollo megadiversos, entre los que destacan Brasil, la India y la China, pondrán este tema como uno de los elementos necesarios para lograr un acuerdo equilibrado.

1. Introducción

Una de las ventajas comparativas del Perú en el comercio mundial y en la política exterior del siglo XXI es su diversidad biológica. El Perú es uno de los diez países *megadiversos* y uno de los mayores centros mundiales de recursos genéticos del planeta, con unas 182 especies de plantas y cinco de animales domesticados,¹ siendo reconocido como uno de los centros de origen de la agricultura y de la ganadería. El Perú es también el quinto país en el mundo en número de especies vegetales² y uno de los primeros en número de especies de plantas de propiedades conocidas y utilizadas por la población (4,500 especies); así como el primero en especies domesticadas nativas (182). Asimismo, nuestro país cuenta con 24 microclimas y 84 zonas de vida de las 104 conocidas en el planeta.

Basta decir que de los cuatro cultivos más importantes para la alimentación humana a nivel mundial —trigo, arroz, papa y maíz—, el Perú es poseedor de la más alta diversidad genética de la papa³ —nueve especies domesticadas y unas tres mil variedades— y una de las más altas en maíz —tres ecosistemas de producción—.

¹ Estas cinco formas de animales domésticos son: la alpaca, forma doméstica de la vicuña (*Lama vicugna*) cruzada con llama; la llama, forma doméstica del guanaco (*Lama guanicoe*); el cuy, forma doméstica del poronccoy (*Cavia tschudii*); el pato criollo, forma doméstica del pato amazónico (*Cairina moschata*); y la cochinilla (*Dactilopius coccus*).

² De la flora se calculan que existen unas 25 mil especies (10% del total mundial), de las cuales un 30% son endémicas. En cuanto a la fauna, el Perú cuenta también con el 10% del total de especies del planeta —alrededor de dos mil especies—.

³ Un estudio efectuado por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de América y la Universidad de Wisconsin-Madison, a cargo del doctor David Spooner, ha efectuado el trazado del origen genético de la papa domesticada, encontrándolo en una región del sur del Perú.

En momentos en que el mundo del comercio ha pasado de centrarse en los intercambios a constituir un sistema de normas jurídicas que regula dichos intercambios,⁴ es indispensable que el Estado, la empresa privada y la sociedad civil en el Perú sean conscientes que esta riqueza natural que el Perú posee es una real ventaja competitiva, y es necesario defenderla coherentemente y explotarla de manera responsable y sustentable. El aporte de la diversidad biológica al crecimiento económico es enorme. Lamentablemente, en el Perú no existe aún un proceso de innovación tecnológica y científica que permita explotar plenamente estas riquezas. Esta responsabilidad que el Estado y la empresa privada deben asumir, no debe impedir, sin embargo, la defensa y protección actual de este patrimonio que pertenece legítimamente a todos los peruanos. Por eso, la diplomacia relacionada con la protección del medio ambiente es un componente esencial de la política exterior del Perú del siglo XXI y debe estar dirigida a la promoción de la innovación y desarrollo tecnológico, por un lado, así como a la protección y defensa de nuestros intereses y de nuestros recursos, por el otro. Mientras que la innovación está vinculada al desarrollo de políticas de Estado de carácter nacional, la protección de nuestros intereses está íntimamente vinculada a la acción diplomática en las negociaciones internacionales.

En la actualidad hay varios procesos de negociaciones de normas donde se está jugando el futuro de estas riquezas naturales. El primero está constituido por las negociaciones que se desarrollan en organizaciones internacionales, entre las que destacan aquellas que se producen en el marco del Convenio de Diversidad Biológica. El segundo es el proceso de suscripción de acuerdos de libre comercio al cual el Perú ha puesto énfasis en los últimos tiempos. El tercero es el esquema de las negociaciones comerciales multilaterales que se desarrolla en Ginebra en la OMC, en la Ronda de Doha para el Desarrollo, que incluye por un lado la negociación de medio ambiente propiamente dicho y las negociaciones de propiedad intelectual en las cuales nuestro país viene jugando un rol fundamental.

El propósito del presente artículo es presentar una visión integral de estos procesos, profundizando en especial en las negociaciones que se dan en la OMC, en las cuales el Perú ha presentado diversas propuestas conducentes a lograr una mejor protección para nuestros recursos genéticos y los conocimientos tradicionales de nuestros pueblos indígenas.

⁴ El cambio institucional se traduce en la formalización de los Acuerdos de Marrakesh, en los que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio —GATT, por sus siglas en inglés—, que velaba básicamente por las reglas arancelarias, incorpora un complejo sistema legal que incluye, entre otros, la propiedad intelectual, los servicios y las normas anticompetitivas.

2. Las negociaciones en materia de diversidad biológica y la relación con la propiedad intelectual

Como se señaló anteriormente, existe una diversidad de foros internacionales en los cuales se negocian cuestiones relativas a la diversidad biológica y la protección de los recursos genéticos, así como la protección de los conocimientos tradicionales. Entre estos, el más antiguo e importante es sin duda el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) que mantiene diversos grupos de trabajo. Otras organizaciones importantes son el Fondo de Naciones Unidas para la Alimentación (FAO), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Unión para la protección de los Obtentores de Variedades Vegetales (UPOV), y, por supuesto, la OMC.

Adicionalmente a estos foros de carácter multilateral, en las negociaciones de acuerdos de libre comercio bilaterales o plurilaterales —los llamados TLC—, se incluyen cláusulas vinculadas al medio ambiente y a la propiedad intelectual. Toda vez que este artículo se centra únicamente en el estudio de las negociaciones internacionales de carácter multilateral, no se entrará al análisis de esta normativa, pero sí cabe apuntar que en el tratado de libre comercio negociado por el Perú con los Estados Unidos de América,⁵ a instancias del Perú dicho país aceptó incluir por primera vez —en una carta adjunta— un compromiso con la protección de la diversidad biológica y con los principios reconocidos en el CDB, del cual no forma parte.

2.1. Las negociaciones en el Convenio de Diversidad Biológica

El Convenio de Diversidad Biológica (CDB) fue suscrito por más de ciento cincuenta líderes del mundo en 1992 y tiene como propósito promover el desarrollo sostenible del planeta. El principio de derecho internacional de base que interesa para este análisis es el recogido en el artículo 3 del CDB que establece como un principio básico el derecho soberano que tienen los Estados de explotar sus recursos naturales.

Derivado de este principio está el derecho de cada Estado de regular de qué modo se establece el acceso a los recursos genéticos nacionales (artículo 15 del CDB), resguardando que exista un consentimiento informado previo y una justa distribución de los beneficios derivados de la explotación (artículos 16 y 19 del CDB). Un gran número de países ha desarrollado ya estos regímenes a nivel nacional e incluso regional, como la

⁵ El TLC Perú – Estados Unidos ha sido ratificado por el gobierno del Perú y está pendiente de ratificación por el Congreso norteamericano. Al momento de culminar este artículo aún no quedaba claro si esta ratificación podía efectuarse en el corto plazo debido a que las recientes elecciones han dado mayoría en las dos Cámaras al partido demócrata, que buscaría introducir nuevos parámetros laborales y reabrir así la negociación.

Comunidad Andina en su decisión 391. Finalmente, una obligación adicional es la derivada del artículo 8.j del propio CDB con relación a los conocimientos tradicionales:

- j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

Estas normas son la base legal para la defensa y protección de nuestra riqueza natural y de los conocimientos tradicionales asociados a ella. En la actualidad existen diversos grupos de trabajo en el marco del proceso de negociaciones del CDB —cuyo órgano principal es la Conferencia de las Partes, que se reúne cada dos años—, entre los que destacan aquellos del acceso y distribución de beneficios y el del artículo 8.j; el objetivo de estos grupos es avanzar legislación específica que permita poner en ejecución las obligaciones del CDB.

2.2. Otros foros internacionales: FAO, UNESCO, OMPI

Si bien el tratamiento de temas vinculados al desarrollo sostenible se da principalmente en el marco del CDB, existen otros foros internacionales que tratan temas relacionados, en especial cuando se habla de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados. No siendo el propósito ahora detallar todos, solo se mencionarán aquellos más relevantes para el presente estudio.

En la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) existe una Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura, cuyos trabajos apuntan a «[...] garantizar la conservación y la utilización sostenible de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, así como la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización para las generaciones presentes y futuras».⁶ En el marco de este comité, en el año 2001 se aprobó el Tratado Internacional sobre los Recursos Filogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, el mismo que entró en vigencia el 29 de junio de 2004. Este tratado busca asegurar la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

⁶ Para mayor detalle ver: <<http://www.fao.org/ag/cgrfa/Spanish/Default.htm>>.

Por otro lado, aunque de manera menos orgánica, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) desempeña también un papel importante en lo que se refiere a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales —folclor—, temas incluidos en diversos convenios, como la reciente Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, aprobada en octubre de 2005.

Finalmente, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) cumple un rol fundamental en las discusiones sobre estos temas y su trabajo es especialmente relevante para este trabajo, pues se vincula directamente a las negociaciones de propiedad intelectual que se dan en la OMC. El año 2000, y como resultado de un *impasse* producido en el Comité de patentes en el que se buscaba justamente tratar el tema de la protección de los recursos genéticos a través del sistema de propiedad intelectual, se creó, luego de intensas negociaciones, el Comité Intergubernamental de Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore (CIG).

El CIG debía establecerse como el foro en el cual se resolvieran los problemas vinculados a la protección de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales con relación a la propiedad intelectual y al sistema de patentes específicamente. Luego de seis años de trabajo, las discusiones se mantienen en el nivel teórico, aun cuando existen proyectos de base normativos, en especial para los temas relacionados a la protección de los conocimientos tradicionales y el folclor. Sin embargo, la parte específicamente vinculada a los recursos genéticos y el sistema de patentes ha quedado relativamente al margen de las discusiones, debido a que los países en desarrollo proponentes —entre ellos el Perú— consideran que el foro relevante y en el cual se pueden obtener resultados concretos en una negociación es la OMC.

2.3. Las negociaciones de propiedad intelectual en la OMC

Desde que en la Ronda Uruguay se incorporó el tema la propiedad intelectual a las negociaciones comerciales y en 1994 los miembros de la OMC se comprometieron a establecer estándares mínimos para la protección de los derechos de la propiedad intelectual, han sido diversas las iniciativas destinadas a modificar el régimen por considerarlo de difícil aplicación. De hecho, al momento de aprobarse el Acuerdo de los Derechos de Propiedad relacionado con el Comercio (ADPIC), se estableció una moratoria de cinco años para que los miembros en desarrollo pudieran adecuar sus regímenes nacionales⁷ y asegurar los estándares exigidos en el nuevo acuerdo.

⁷ Artículo 64.2 del acuerdo. Bajo el artículo 65 los países menos desarrollados contaban con un plazo de diez años, el cual ha sido renovado por otros siete años y medio en diciembre de 2005.

El tema más álgido sobre el cual hubo intensas discusiones y negociaciones en estos primeros años de vigencia del ADPIC fue el relativo a la propiedad intelectual y la salud pública. Con el acuerdo destinado a lanzar la Ronda de Doha para el Desarrollo en 2001, se aprobó una importante declaración sobre el ADPIC y la salud pública. Esta declaración estableció un marco para determinar posibles flexibilidades que deben preservarse a fin de poder enfrentar adecuadamente problemas relativos a la salud pública, determinando que «[...] el Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos».⁸ Posteriormente, en seguimiento al mandato del párrafo 6 de dicha Declaración, sobre el problema que puede existir en casos de países con insuficiente capacidad para hacer uso de licencias obligatorias, el Consejo ADPIC aprobó una decisión el 30 de agosto de 2003, la cual se ha aprobado como enmienda al ADPIC en diciembre de 2005, días antes de la Conferencia Ministerial de Hong Kong.⁹

Otros temas en curso de negociación o discusión en materia de propiedad intelectual en los cuales países en desarrollo se encuentran activamente involucrados son los relativos a la creación de un registro multilateral para vinos y bebidas espirituosas,¹⁰ la ampliación de protección especial para indicaciones geográficas distintas a los vinos y bebidas espirituosas,¹¹ el tema de las infracciones en caso de no violación¹² y el tema de la observancia.¹³

⁸ «Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública», adoptada el 14 de noviembre de 2001.

⁹ Hasta el momento, la decisión de 2003 no ha sido aplicada y permanece en vigencia hasta que la enmienda aprobada en diciembre de 2005 no sea adoptada por más de dos tercios de los miembros de la OMC. Tanto la Decisión como la enmienda han sido extensamente criticadas por expertos y por organizaciones de la sociedad civil, por ser tan engorrosas que se convierten en casi impracticables, lo que impide dar una respuesta adecuada a los eventuales problemas que puedan presentarse cuando colisionen la protección a los derechos de propiedad intelectual y la salud pública.

¹⁰ Estas negociaciones llevan más de diez años (artículo 23.4 del ADPIC y párrafo 19 de la Declaración de Doha).

¹¹ Estas negociaciones también llevan más de diez años (artículo 24 del ADPIC y párrafos 12 y 19 de la Declaración de Doha).

¹² Posibilidad de presentar casos aun cuando se presente cumplimiento del ADPIC, bajo la figura del artículo XXIII del GATT. Desde 1994 solo se ha postergado la moratoria para que el tema se siga analizando en el Consejo ADPIC.

¹³ Tema incorporado a las discusiones del Consejo ADPIC desde el año 2005, ante una propuesta presentada por las Comunidades Europeas a fin de determinar mejores prácticas en la lucha contra la piratería, y apoyada por la mayoría de los países desarrollados. La mayoría de estos países, en mayor o menor grado, han planteado que este no es un tema de negociación y que otros temas tienen mucha mayor importancia, entre ellos el de la lucha contra la biopiratería.

Adicionalmente, uno de los temas que ha evolucionado crecientemente en los últimos años y sobre los que se han planteado diversas propuestas es el relativo a la relación entre el ADPIC y el Convenio de Diversidad Biológica; específicamente lo que se discute es la posibilidad de incorporar al ADPIC el requisito de divulgación de origen del material biológico asociado o no a los conocimientos tradicionales. En el siguiente capítulo se examinará en detalle este tema.

3. Las negociaciones sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales en la OMC

Al inicio de las negociaciones de la Ronda Uruguay —que empezaron en 1986 y que culminaron en los Acuerdos de Marrakech de 1993, que dieron origen al nacimiento de la OMC—, muchas discusiones se produjeron sobre los diversos temas relacionados con el comercio que debían formar parte de los nuevos acuerdos. Como se recordará, hasta antes de los Acuerdos de Marrakech, el único foro de comercio multilateral, el GATT,¹⁴ regía básicamente el comercio de bienes y se centraba casi exclusivamente en la negociación de preferencias arancelarias. Pero la proliferación de medidas no arancelarias dio pie a que la gran ronda de negociaciones comerciales multilaterales fuera incorporando, poco a poco, diversos temas relacionados con el comercio. Uno de estos temas, quizá el más polémico, fue el relativo a la propiedad intelectual. Y dentro de la propiedad intelectual, uno de los temas más complicados fue el relativo a las patentes —sus requisitos, ámbito de aplicación y excepciones—, en particular los artículo 27.3.b y 29 del ADPIC, que establecen la posibilidad de excluir las plantas y animales del sistema de patentes, así como la obligación de divulgar algunos elementos relacionados con las invenciones, respectivamente. Estos dos temas justamente son aquellos que merecen especial atención en este trabajo.

3.1. El origen de las negociaciones¹⁵

Durante las negociaciones con relación al sistema de patentes, se produjo un importante debate teórico sobre la posibilidad de patentar diversas formas de vida y sobre

¹⁴ GATT, por sus siglas en inglés, refiere al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, cuya secretaría funcionaba, al igual que actualmente la OMC, en Ginebra, Suiza.

¹⁵ Para desarrollar la parte histórica del presente trabajo se ha tomado como referencia básicamente dos publicaciones. La primera es un excelente libro que hace una revisión artículo por artículo de la negociación del ADPIC: *La UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development. Resource Book on TRIPS and Development*. Cambridge University Press, 2005. La segunda es: Guwa, Boniface. «Article 27.3 (b) of the TRIPS Agreement: The Review Process». En Bellman, Christophe, Graham Dutfield y Ricardo Meléndez Ortiz (eds.). *Trading in Knowledge*. Londres: Earthscan Publications Ltd., 2003, pp. 1001-8.

la forma de proteger las innovaciones tecnológicas. Debido a esta diversidad de posiciones, en especial entre los países desarrollados —promotores de la protección de la propiedad intelectual sobre invenciones biotecnológicas—, al final el artículo 27.3.b del ADPIC quedó redactado de tal manera que permite excluir de la patentabilidad a las «[...] las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos».

De esta manera, aun cuando se permite patentar micro-organismos, se deja libertad para permitir o excluir de la patentabilidad a las plantas y animales, tema controversial y que conforme al mismo artículo debía ser objeto de revisión cuatro años después de su entrada en vigor (1999). Este artículo es el que genera las mayores controversias y sobre el cual se basa toda la discusión relativa a la relación entre el ADPIC y el CDB.

En el marco de la revisión del artículo 27.3b, desde 1999, numerosos países en desarrollo pusieron sobre la mesa su disconformidad con dicha provisión, que en cierto modo propició diversos casos de protección de recursos biológicos y de conocimientos tradicionales relacionados a través de patentes en países desarrollados. En el marco de las preparaciones para la Conferencia Ministerial de Seattle, primero el Grupo Africano y luego un conjunto de países en desarrollo de América Latina, entre ellos el Perú, hicieron sus primeras propuestas para que se lleven a cabo estudios con la ayuda de otros organismos internacionales, conducentes a lanzar las negociaciones que permitan establecer un marco normativo multilateral para la protección específica de los conocimientos tradicionales.

Como se conoce, la Conferencia de Seattle fracasó, pero la idea quedó vigente y fue recogida en la Declaración de Doha que lanzó la Ronda de Doha para el Desarrollo en noviembre de 2001, pero solo bajo la figura de una revisión de la relación entre el ADPIC y el CDB (párrafo 19) y como uno de los temas de implementación sobre los que se espera tener un resultado positivo en esta Ronda (párrafo 12).

3.2. La biopiratería y las discusiones en el marco de la Ronda de Doha

Para llegar a entender las discusiones que se dan a nivel técnico desde 2001 en el marco de la Ronda de Doha, probablemente lo más sencillo sea comprender la magnitud del problema y lo que se ha dado a conocer como *biopiratería*, término que surge en analogía a la piratería —término ya de uso corriente que designa la práctica que implica la copia o reproducción de productos sin contar con el goce efectivo de derechos de propiedad intelectual o de una autorización del detentor de esos derechos—.

La llamada *biopiratería*, así, es una práctica que implica la violación de derechos soberanos de los Estados para regular el acceso a los recursos genéticos. Para ello vale la pena tomar una definición no oficial sobre el término pero que contiene los elementos claves para entender a qué nos referimos cuando utilizamos esta palabra:

[...] aunque no existe una definición universalmente aceptada, se entiende por biopiratería: El acceso a y uso irregular o ilegal de componentes de la biodiversidad (recursos biológicos y genéticos especialmente) y de los conocimientos indígenas asociados, especialmente como parte de procesos de investigación y desarrollo y de la aplicación de biotecnología. Se asocia también a invenciones protegidas por derechos de propiedad intelectual (especialmente patentes), que directa o indirectamente incorporan estos componentes o conocimientos indígenas obtenidos sin el consentimiento o autorización de sus titulares.¹⁶

Así, se puede decir que existe un caso de biopiratería cuando se otorga una patente de invención —en el campo biotecnológico— a recursos biológicos o genéticos¹⁷ y conocimientos tradicionales asociados a ellos sin cumplir con los requisitos señalados en el CDB. Siendo el Perú un país megadiverso y de enorme diversidad cultural, en los últimos años se ha comprobado que un elevado número de invenciones patentadas en países desarrollados —sobre todo Estados Unidos, Japón y algunos países europeos— han utilizado productos peruanos y se han desarrollado sobre la base de conocimientos tradicionales milenarios de nuestros pueblos y comunidades indígenas. Entre ellos, cabe mencionar algunos sobre los cuales se han hecho estudios específicos que inclusive han sido presentados en las discusiones de la OMC: maca, uña de gato,¹⁸ yacón, camu-camu, ayahuasca, etcétera.

Como se sabe, una patente otorga derechos de monopolio para la explotación de un conocimiento o de un producto, otorgando así la posibilidad de explotar comercialmente dicha invención, generando de esta manera un beneficio económico que muy pocas veces llega a quienes ayudaron, con su conocimiento, a desarrollarla. Esto, en principio constituye un incumplimiento a la normativa del CDB, además de constituir *per se* un acto a todas luces injusto.

¹⁶ Ver: <www.biopirateria.org>.

¹⁷ Utilizamos indistintamente los términos recursos genéticos —usado en el CDB— y recursos biológicos para fines prácticos, y porque como se verá, la propuesta final presentada refiere a recursos biológicos por considerarlo un término más amplio.

¹⁸ VENERO, Begoña. «Addressing the Disclosure Requirement at the Internacional Level: The Role of the TRIPS Agreement». *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness between the WTO TRIPS Agreement and the CDB*. Gland: UICN, 2005. El artículo hace una sucinta explicación de los casos de la maca y la uña de gato.

Esta situación no afecta únicamente al Perú, sino a un enorme grupo de países, especialmente países en desarrollo megadiversos, que cuentan con un patrimonio genético importante y muchas veces también con comunidades locales que detentan conocimientos tradicionales sobre los usos de esos recursos. Por eso puede entenderse la importancia que países como Brasil, la India y otros otorgan a este tema en las discusiones en el marco de la Ronda de Doha, así como la respuesta que otros países, y en especial los países desarrollados, han buscado ofrecer al tema.

Por eso, desde que se lanzó la Ronda de Doha en noviembre de 2001, numerosas han sido las contribuciones, debates y propuestas en el Consejo del ADPIC —órgano encargado de llevar a cabo la tarea de revisión del ADPIC— hasta la fecha, que incluyen incluso un llamado especial hecho en la Declaración de Hong Kong de 2005, sobre el trabajo a realizar (párrafo 39):

Reiteramos lo encomendado al CNC, a los órganos de negociación y a otros órganos de la OMC competentes en la Decisión adoptada por el Consejo General el 1° de agosto de 2004 en el sentido de que, con carácter prioritario, redoblen sus esfuerzos para encontrar soluciones apropiadas a las cuestiones pendientes relativas a la aplicación. Tomamos nota de la labor emprendida por el Director General en su proceso consultivo sobre todas las cuestiones pendientes relativas a la aplicación comprendidas en el párrafo 12 b) de la Declaración Ministerial de Doha, incluso sobre las cuestiones relativas a la extensión de la protección de las indicaciones geográficas prevista en el artículo 23 del Acuerdo sobre los ADPIC a productos distintos de los vinos y las bebidas espirituosas y las referentes a la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Pedimos al Director General que, sin perjuicio de las posiciones de los Miembros, intensifique su proceso consultivo sobre todas las cuestiones pendientes relativas a la aplicación comprendidas en el párrafo 12 b), si es necesario nombrando Amigos del Director General a los Presidentes de los órganos competentes de la OMC y/o celebrando consultas específicas.

De un tiempo a esta parte, además, el tema se ha centrado en las diferentes alternativas para enfrentar el problema de la biopiratería, que actualmente se puede combatir solo con grandes esfuerzos a nivel nacional, en cada uno de los países que otorgan las patentes, y esa es la razón por la que un grupo de países en desarrollo apoyan la idea de modificar el ADPIC para incluir el llamado requisito de divulgar el origen de los recursos y conocimientos tradicionales asociados en las patentes de invención biotecnológicas.¹⁹

Con relación a esta propuesta, cabe detallar que el citado grupo de países está notablemente liderado por la India, Brasil y el Perú y secundados por otros países andinos,

¹⁹ Esta propuesta en su versión final está contenida en el documento IP/C/W/474. Ver anexo 2 al presente artículo.

China, Tailandia, Zambia y algunos otros países africanos; existe también un país desarrollado que apoya la iniciativa: Noruega. El principal oponente son los Estados Unidos de América, acompañado por Japón, Corea y Australia. Asimismo, mientras que países como Canadá y Nueva Zelanda se oponen por considerar que no hay aún suficiente capacidad técnica ni desarrollo del tema, otros como las Comunidades Europeas y Suiza mantienen una ambigüedad constructiva que promueve el diálogo en busca de alternativas para enfrentar el problema.

3.3. La propuesta peruana para la «divulgación del origen»: las negociaciones en la Ronda de Doha

Como se señaló anteriormente, el Perú ha contribuido a las discusiones en el marco de la Ronda de Doha sobre el tema no solo con iniciativas en el debate, sino que ha presentado diversos estudios en los que se ha presentado el desarrollo de la legislación nacional peruana en materia de acceso a recursos genéticos, protección de los conocimientos tradicionales y lucha contra la biopiratería —especialmente la creación de la Comisión Nacional de Lucha contra la Biopiratería—, y además ha contribuido presentando estudios efectuados en materia de patentes sobre especies peruanas, como es el caso del camu-camu. Otro aporte peruano, presentado en noviembre último en respuesta a la posición de los Estados Unidos, incluye una mención al desarrollo en el Perú de una nueva base de datos sobre recursos genéticos y conocimiento tradicionales asociados, que se incluye en el portal de INDECOPI.²⁰

Del mismo modo, el Perú fue el primer país en hacer una propuesta específica de modificación del ADPIC,²¹ a fin de adecuarlo a las necesidades de protección de biodiversidad que tienen los países miembros del CDB y en especial aquellos de gran diversidad biológica, como el Perú. A continuación explicaremos las reales y principales consecuencias de la propuesta. Cabe precisar que la primera propuesta del Perú fue tomada como base de las discusiones al momento de desarrollar la propuesta de un grupo de países en desarrollo para modificar el artículo 29 del ADPIC, que se encuentra en el anexo 2.²²

3.3.1. ¿Cuáles son las implicancias legales de la propuesta peruana?

Como se refirió antes, en la actualidad la única forma de enfrentar estos casos es seguir los recursos judiciales para solicitar la invalidez de las patentes. Sin embargo,

²⁰ El autor efectuó la presentación del documento y de la mencionada página web en el último Consejo ADPIC (noviembre de 2006).

²¹ Documentos IP/C/W/441 —sobre la acción peruana en la lucha contra la biopiratería—, IP/C/W/447 —una comparación de las leyes nacionales y una propuesta de modificación del ADPIC— y IP/C/W/458 —sobre potenciales casos de biopiratería: el camu-camu—.

²² Ver nota 19.

estos recursos deben atacar vicios formales, principalmente derivados del incumplimiento de los requisitos existentes para la patentabilidad —novedad, nivel inventivo y aplicación industrial—, sobre todo aquellos relacionados con el estado de la técnica —conocimientos que ya son de dominio público—. Por supuesto, los procedimientos administrativos y judiciales deben ser efectuados en el lugar en que se otorga la patente, vale decir en los Estados Unidos de América o Japón, por ejemplo, lo que da una idea de lo costoso que puede ser llevar la defensa de un caso determinado. Hasta el momento, la defensa legal a nombre del Estado peruano y bajo la coordinación de INDECOPI ha podido hacerse gracias a la labor de organizaciones sin fines de lucro, como PIIPA en los Estados Unidos de América.²³

Esto, además, no enfrenta el problema derivado de la apropiación indebida de recursos genéticos, pues muchas veces, en efecto, productos naturales originarios del Perú pueden ser encontrados en mercados extranjeros, pues son exportados libremente. Este es un argumento utilizado por varios de los países que se oponen a la divulgación del origen. Sin embargo, la respuesta puede ser que justamente debido a la existencia de estas situaciones de incertidumbre, la divulgación del origen permitiría conocer si en un caso determinado la patente ha utilizado o no un recurso proveniente del Perú y de este modo determinar si nuestro país puede ejercer algún tipo de defensa diferente a la existente en el sistema de patentes, pues se estaría violando un principio de Derecho Internacional, que es la soberanía sobre nuestros recursos naturales, principio que va más allá de cualquier interés comercial específico derivado del otorgamiento de un derecho de propiedad intelectual. En este caso, ante la utilización de un recurso peruano, deberá cumplirse además con los requisitos que establece el CDB sobre consentimiento informado previo y sobre la distribución justa y equitativa de beneficios. Una persona natural o jurídica que se ha beneficiado de manera ilegal de recursos peruanos debería compensar adecuadamente al Estado en caso se compruebe una utilización indebida de recursos soberanos nacionales.

De modo similar, puede tomarse un caso de patente que se ha desarrollado utilizando un conocimiento tradicional de un pueblo indígena. En este caso, del mismo modo es necesario conocer primero de dónde proviene el recurso para determinar si se ha cumplido o no con las obligaciones y exigencias que se derivan del CDB, y que obligarían a que se produzca el consentimiento informado previo y una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación comercial de la patente.

²³ *Public Interest Intellectual Property Advisors* (PIIPA) tuvo a su cargo la defensa legal en el caso de la maca en los Estados Unidos de América.

Todos estos argumentos deberían ser suficientemente sólidos para permitir que se incluya en el sistema de patentes la obligación de divulgar y, de ese modo, permitir que el ADPIC otorgue certeza a un Estado sobre el cumplimiento que le compete velar sobre los principios y obligaciones contenidos en el CDB.

3.3.2. ¿Cuáles son las implicancias comerciales de la propuesta peruana?

Uno de los argumentos de los países que se oponen a la divulgación está en que se crearía un desincentivo para la investigación y se haría onerosa la posibilidad de acceder una patente, pues previamente se tendría que rastrear el origen de un recurso para poder obtener la protección a través del sistema de patentes. En este caso, se trataría de una figura similar al traslado de la carga de la prueba en el derecho procesal y administrativo. Actualmente la carga de la prueba recae en Estados como el peruano, que deben no solo velar por sus recursos sino que además deben hacer el seguimiento de aquellos casos en los que eventualmente existen indicios de que podrían estar utilizándose sus recursos de manera inapropiada, a través de la revisión de información que está fuera de su alcance natural, pues la mayoría de patentes se conceden en países desarrollados. Más aún, el Estado tendría que investigar, traducir y analizar legalmente los miles de casos de solicitudes de patentes y patentes en que se utilizan recursos originarios del Perú, a fin de determinar si el recurso fue efectivamente tomado de nuestro territorio y finalmente ver si se cumplieron los requisitos del CDB. Esto es materialmente imposible.

Si en este caso se invirtiera la «carga de la prueba», sería el inventor el obligado a señalar el origen —territorial— del recurso utilizado y sobre el cual se efectuó el invento. Puede ser que, efectivamente, el recurso provenga de una acción lícita, pero existe la posibilidad también de que justamente se omita la información para ocultar una apropiación indebida de un recurso. En la actualidad, como se ha visto antes, ante la imposibilidad de conocer el origen, muchos Estados han optado por seguir procedimientos administrativos de nulidad o invalidez de las patentes, por tratarse de conocimientos que ya están en el estado de la técnica.

En todo caso, lo que queda claro es que sí existen efectivamente muchos intereses comerciales en juego, pues la industria farmacéutica, cosmética, y otras, se vienen aprovechando del vacío legal existente y de la posibilidad real que tienen los Estados para conocer cuándo se utiliza o no un recurso genético originario, para obtener patentes que muchas veces suponen un grado mínimo de reconversión o procesamiento del recurso natural.²⁴

²⁴ En realidad, se trata de un problema conocido como otorgamiento de «malas patentes» que se produce sobre todo en los Estados Unidos de América, donde existe un gran movimiento destinado a reformar el sistema.

Lamentablemente no existen cifras ciertas y hay opiniones contrarias sobre el particular, aunque algunos autores consideran que los costos de la divulgación no son tan altos, y pueden ser «[...] menores al depósito de materiales genéticos en los lugares en que se necesitan facilidades de refrigeración especiales».²⁵ Mientras que la industria señala que se crearían grandes desincentivos a la investigación de nuevas invenciones y que habrían pérdidas enormes, muchas veces el argumento que se escucha de los países oponentes es que del total de las patentes son muy pocas las que realmente tienen como fruto el éxito comercial, de modo que el desincentivo sería para la persona natural o pequeño industrial que registra muchas patentes en busca de lograr un modesto beneficio económico. Lo cierto es que el más grande lobby que existe en los Estados Unidos de América es el de las farmacéuticas y eso explica la dura posición de los Estados Unidos de América para discutir este tema, así como los continuos pronunciamientos de líderes empresariales y políticos —recientemente un grupo de senadores— en contra del tema.

3.3.3. Otras opciones de los países desarrollados y la posición del Perú

Como se señaló antes, diversas delegaciones de países desarrollados están en contra de una posible modificación del ADPIC. Las dos principales propuestas son de los Estados Unidos de América y el Japón, que han presentado sus propuestas en el Consejo ADPIC en diversas ocasiones.

La propuesta estadounidense señala que la regulación privada y los contratos de acceso entre firmas y Estados o instituciones nacionales, basta para protegerse adecuadamente de la biopiratería. Por otro lado, el Japón pone énfasis en la auto-regulación de las empresas farmacéuticas y de investigación a través de códigos de conductas o guías de buenas prácticas que promuevan los objetivos del CDB nacionalmente. A su vez, ambos señalan que esto puede ser complementado con bases de datos nacionales para determinar los recursos a proteger y los posibles conocimientos tradicionales asociados.

Ante estas argumentaciones, la posición del Perú ha sido que, efectivamente, los contratos en los que intervienen empresas de prospección o investigación, así como las bases de datos, pueden y deben ser de utilidad para coadyuvar en la lucha contra la biopiratería. Sin embargo, estos medios han probado ser insuficientes, pues con el correr de los años se han seguido presentando casos de apropiación indebida de

²⁵ VIVAS-EGUI, David y Manuel RUIZ. «Towards an Effective Disclosure Mechanism: Justification, Scope and Legal Effects». *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness between the WTO TRIPS Agreement and the CDB*. Gland: UICN, 2005. El artículo también hace una muy buena presentación del alcance y objetivos del requisito de divulgación del origen.

recursos biológicos y conocimientos tradicionales, por lo que es necesario encontrar una manera legal de obligar a una divulgación del origen de los recursos para poder complementar los esfuerzos que se hacen a través de estos y otros medios, incluida la defensa legal.

4. Conclusiones: el futuro de la propuesta peruana y de las negociaciones en la Ronda de Doha

El trabajo efectuado por el Perú para presentar propuestas, incluida la modificación del artículo 29 (ver anexo 2), sumado a la conformación de una importante coalición con la India, Brasil, la China y otros países en desarrollo del cual nuestro país es actor importante, han permitido darle a este tema un tratamiento de primer nivel que lo ubica entre los temas de mayor interés del mundo en desarrollo en las negociaciones de la OMC.

Sin embargo, los argumentos esgrimidos, que en el plano teórico y práctico no admiten pruebas en contrario, se topan con la realidad de las negociaciones comerciales, en las que existen intereses mucho más importantes que los posibles insumos legales, y más aún, se dan en el marco de un contexto en el que la Ronda de Doha para el desarrollo se encuentra suspendida debido al entrampamiento que se da en los temas principales de la negociación, especialmente en agricultura y acceso a los mercados para productos no agrícolas.

Ante este panorama, el trabajo del Perú y otros países en desarrollo, más allá de esperar un *momentum* adecuado para lograr concretizar las negociaciones, pasa también por el seguimiento constante de nuevos casos de biopiratería y por la defensa de nuestros intereses con los medios que existen actualmente.

Aun cuando resulta evidente que la batalla para lograr esta enmienda será muy dura y complicada tanto técnica como políticamente, el Perú debe seguir trabajando para lograr que sea a través de la enmienda o de alguna otra solución que surja en el camino, nuestra biodiversidad sea preservada y sean respetados también los conocimientos tradicionales de nuestros pueblos indígenas. Esta es la prioridad mayor del Perú en las negociaciones comerciales y, se espera, uno de los resultados tangibles que la Ronda del Desarrollo traiga para nuestro país.

Anexo 1

**Documentos presentados por el Perú con relación al tema del ADPIC y el CBD/
Conocimientos tradicionales**

Documento y fecha	Copatrocinadores –título–
WT/GC/W/362 12 de octubre 1999	Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú —propuesta sobre derechos de propiedad intelectual y conocimientos tradicionales / propuesta para la Conferencia de Seattle 1999— .
IP/C/W/246 14 de marzo 2001	Perú —hace referencia al documento WT/CTE/W/176— presentado al Comité de Medio Ambiente
IP/C/W/356 24 de junio 2002	Brasil, China, Cuba, Ecuador, India, Pakistán, Perú, República Dominicana, Tailandia, Venezuela, Zambia y Zimbabwe —ADPIC y conocimientos tradicionales—.
IP/C/W/403 24 de junio 2003	Brasil, Cuba, Ecuador, India, Perú, República Dominicana, Tailandia, Venezuela —ADPIC y conocimientos tradicionales—.
IP/C/W/420 2 de marzo 2004	Brasil, Cuba, Ecuador, India, Perú, Tailandia y Venezuela —lista recapitulativa de cuestiones sobre divulgación del origen—.
IP/C/W/429/Rev.1 16 de septiembre 2004	Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, India, Pakistán, Perú, Tailandia y Venezuela —divulgación del origen—.
IP/C/W/438 10 de diciembre 2004	Brasil, Bolivia, Ecuador, India, Pakistán, Perú, Tailandia y Venezuela —divulgación del origen y el consentimiento informado previo—.
IP/C/W/441 19 de mayo 2005	Perú —su posición sobre la divulgación del origen—.
IP/C/W/442 18 de marzo 2005	Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, India, Perú, República Dominicana y Tailandia —elementos de la obligación de divulgar las pruebas de la distribución de los beneficios conforme al régimen nacional pertinente—.
IP/C/W/447 8 de junio 2005	Perú —su posición respecto a la divulgación del origen y la procedencia legal—.
IP/C/W/458 7 de noviembre 2005	Perú —análisis de potenciales casos de biopiratería: caso de camu-camu—.
WT/GC/W/564/Rev.2 TN/C/W/41/Rev.2 IP/C/W/474 5 de julio 2006	Brasil, China, Colombia, Cuba, India, Pakistán, Perú, Tailandia y Tanzania —propuesta de modificación del ADPIC para incluir la divulgación del origen—.
IP/C/W/484 2 de noviembre 2006	Perú —respuesta a las observaciones de los Estados Unidos de América en su comunicación IP/C/W/469—.

Anexo 2

Propuesta de modificación del ADPIC para incluir la divulgación del origen Artículo 29bis

Divulgación del origen de los recursos biológicos y/o los conocimientos tradicionales conexos

1. A efectos de establecer una relación de mutuo apoyo entre el presente Acuerdo y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, los Miembros, en el cumplimiento de sus obligaciones, tendrán en cuenta los objetivos y principios del presente Acuerdo y los objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica.
2. En caso de que la materia objeto de una solicitud de patente concierna a recursos biológicos y/o conocimientos tradicionales conexos, se derive de ellos o se desarrolle a partir de ellos, los Miembros exigirán a los solicitantes que revelen el nombre del país que suministra los recursos y/o los conocimientos tradicionales conexos, la persona de quién se obtuvieron en el país proveedor y, cuando se pueda conocer tras una investigación razonable, el país de origen. Los Miembros exigirán asimismo que los solicitantes proporcionen información, con inclusión de pruebas del cumplimiento de las prescripciones jurídicas aplicables en el país proveedor al consentimiento fundamentado previo para el acceso y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización comercial o de otro tipo de dichos recursos y/o conocimientos tradicionales conexos.
3. Los Miembros exigirán a los solicitantes o los titulares de una patente que complementen y corrijan la información, con inclusión de las pruebas presentadas en virtud del párrafo 2 del presente artículo, a la luz de la nueva información de la que hayan tenido conocimiento.
4. Los Miembros publicarán la información revelada, de conformidad con los párrafos 2 y 3 del presente artículo, junto con la solicitud o con la concesión, si esta es anterior. Cuando un solicitante o titular de una patente proporcione otra información requerida en virtud del párrafo 3 después de la publicación, la información adicional se publicará sin demoras indebidas.
5. Los Miembros establecerán procedimientos de observancia eficaces a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en los párrafos 2 y 3 del presente artículo. En particular, los Miembros asegurarán que las autoridades administrativas y/o judiciales tengan la facultad de impedir la tramitación ulterior de una solicitud o la concesión de una patente y de revocar, a reserva de las disposiciones del artículo 32 del presente Acuerdo, o de hacer inexecutable una patente cuando el solicitante, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya incumplido las obligaciones contenidas en los párrafos 2 y 3 del presente artículo o haya proporcionado información falsa o fraudulenta.